

**NEGAZIONISMO E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE:
DALLA SENTENZA PERİNÇEK C. SVIZZERA
ALLA NUOVA AGGRAVANTE PREVISTA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

Per una democrazia tollerante, anziché “militante”

di Luigi Daniele

Abstract. *Il contributo propone alcune considerazioni critiche sul rapporto tra diritto penale, negazionismo e libertà di espressione. Dopo una breve ricognizione della genesi della nozione di ‘genocidio’ nel diritto penale internazionale e degli orientamenti circa la sua applicabilità al caso armeno, l’analisi si incentra sulla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sul caso Perinçek c. Svizzera, indagandone i profili di discontinuità rispetto alla precedente giurisprudenza di Strasburgo sul tema. Le indicazioni della Corte sui requisiti di compatibilità convenzionale dell’interferenza statale nell’esercizio della libertà di espressione servono poi da spunto per una disamina dell’aggravante di negazionismo introdotta nell’ordinamento italiano, in particolare in relazione alle criticità relative ai profili sanzionatori. Infine, osservando in controluce alcuni tratti fondamentali del concetto di “democrazia militante” delineato da Loewenstein, il contributo ne propone una problematizzazione, in considerazione dei rischi che accompagnano la trasposizione del concetto stesso in ambito penalistico.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le affermazioni di Perinçek sul genocidio armeno e la condanna elvetica. – 3. Brevi cenni sulla genesi del ‘crimine dei crimini’ nell’ordinamento internazionale e sulle problematiche relative al caso armeno. – 4. La sentenza della Grande Camera della Corte EDU. – 4.1. Restrizione dell’ambito di applicazione del divieto di abuso del diritto. – 4.2. La limitazione della libertà di espressione: legalità e perseguimento di uno scopo legittimo. – 4.3. Necessità dell’interferenza statale in una società democratica. – 5. L’aggravante di negazionismo recentemente approvata in Italia tra funzione simbolica e distorsioni sanzionatorie. – 6. Considerazioni conclusive: democrazia tollerante contro ‘democrazia militante’.

«Se voi perseguitate le opinioni, allora esse diventano sentimenti; il sentimento produce l'entusiasmo; l'entusiasmo si comunica; vi inimicate chi soffre la persecuzione, vi inimicate chi la teme, vi inimicate anche l'uomo indifferente che la condanna; e finalmente l'opinione perseguitata diventa generale e trionfa».¹

1. Introduzione.

Nel discorso giuridico europeo si è di recente riaperto con particolare vivacità il dibattito sui confini del diritto alla libera espressione, in particolare a seguito della sentenza della Grande Camera della Corte EDU sul caso *Perinçek c. Svizzera*.²

Tale pronuncia risulta particolarmente significativa in virtù sia degli sviluppi registratisi nell'ordinamento italiano, con l'introduzione dell'aggravante del negazionismo di cui al nuovo comma 3-bis dell'articolo 3 della cd. "Legge Mancino" (l.n. 654/1975), sia della rinnovata attenzione della dottrina italiana sulla problematicità della repressione penale del dissenso e delle opinioni.³

Il presente contributo si propone di sviluppare alcune ulteriori considerazioni critiche sulle argomentazioni svolte dalla Corte nella sentenza citata, sulla fondatezza delle opzioni politico-criminali sottese alla scelta di criminalizzare i discorsi di negazione o giustificazione di crimini internazionali e, infine, sulle implicazioni problematiche del concetto di "democrazia militante" o "protetta".

La pronuncia menzionata sembra destinata a rappresentare, almeno parzialmente, un punto di riferimento nella giurisprudenza di Strasburgo relativa a contenuto e limiti della libertà di espressione, così come definita e protetta dall'art. 10 della CEDU.⁴ In particolare, essa risulta cruciale per comprendere la portata delle

¹ VINCENZO CUOCO, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli del 1799*, Seconda edizione con aggiunta dell'A., Napoli, 1806, rist. Procaccini, Napoli, 1995, p. 52.

² Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [Grande Camera (GC)], ric. N. 27510/08, 15 ottobre 2015, in [questa pagina web](#). Il Collegio, riesaminando il caso su istanza del Governo elvetico, ha confermato ed ulteriormente argomentato l'orientamento seguito nella precedente sentenza sul caso dalla Seconda Sezione: Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [Seconda Sezione], ric. N. 27510/08, 17 dicembre 2013.

³ Si vedano gli atti del IV Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, raccolti nello speciale 'Criminalizzazione del dissenso: legittimazione e limiti', in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 859-1060. Segnatamente, circa i temi discussi nel presente contributo, cfr. D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, pp. 978 ss.; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, pp. 999 – 1015; E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, pp. 1016 ss.; A. TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, pp. 961 ss. Relativamente alla sentenza in esame, si vedano anche i contributi apparsi sulla rivista on-line 'Questions of International Law', introdotti da G. DELLA MORTE, *When is a criminal prohibition of genocide denial justified? The Perinçek Case and the risk of a double standard*, e cioè C. M. CASCIONE, *Genocide denial and freedom of expression in the Perinçek Case: A European overruling or a new approach to negationism?*; A. MACAYA, *Focus sur Perinçek c. Suisse. La question de la limitation à la liberté d'expression nécessaire dans une société démocratique* e C. D. LEOTTA, *Brief remarks on the balancing method 'truly' adopted by the ECtHR Grand Chamber in Perinçek c Switzerland*, disponibili in [questa pagina web](#).

⁴ "Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità

potenziali collisioni tra la libertà di espressione e le legislazioni di diversi Stati europei, che, entro limiti differenti, puniscono il ‘negazionismo’, designandosi con tale nozione una vasta gamma di condotte che spazia dalla negazione vera e propria della veridicità storica di determinati genocidi, in particolare dell’Olocausto, alla “apologia, giustificazione o minimizzazione grossolana” di crimini internazionali.⁵ Le più recenti convenzioni e decisioni di organismi sovranazionali in materia identificano tali crimini con quelli definiti dagli articoli 6, 7 ed 8 dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte Penale Internazionale (rispettivamente rubricati “genocidio”, “crimini di guerra” e “crimini contro l’umanità”), e dall’art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga (“crimini contro la pace”, “crimini di guerra”, “crimini contro l’umanità”), allegato all’Accordo di Londra dell’8 agosto 1945.

Non potendoci soffermare in questa sede sulla complessa tipizzazione internazionale di tali crimini, definiti entro la cornice di elementi costitutivi di tipo ‘contestuale’, quali, ad esempio, la scala e la sistematicità delle condotte che li integrano,⁶ è però indispensabile tenere presente, ai fini di questa analisi, il profilo che vale a distinguere il crimine di genocidio da tutti gli altri. In diritto internazionale penale, infatti, il termine assume un significato assai più ristretto di quanto non avvenga nel lessico comune. Elemento costitutivo del crimine di ‘genocidio’, infatti, ai sensi dell’art. 6 dello Statuto di Roma, è “l’intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale”.⁷ Di conseguenza, in via di necessaria

pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive” (Art. 10, co. 1, Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e della Libertà Fondamentali, 1950, 213 UNTS 221).

⁵ Per una panoramica sui fenomeni in questione, cfr., D. E. LIPSTADT, *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory*, New York, 1992; M. SHERMER - A. GROBMAN, *Denying history: who says the Holocaust never happened and why do they say it?*, Berkeley, 2002; A. BURGIO, *L’invenzione delle razze. Saggio su razzismo e revisionismo storico*, Roma, 1998; C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013; D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla: contro il negazionismo*, Genova, 2012; F. ROTONDI, *Luna di miele ed Auschwitz. Riflessioni sul negazionismo della Shoah*, Napoli, 2005; V. PISANTY, *Sul negazionismo*, in E. COLLOTTI (a cura di), *Fascismo ed antifascismo*, Bari, 2000, pp. 43 ss.; P. P. POGGIO, *Nazismo e revisionismo storico*, Roma, 1997; D. LOSURDO, *Il revisionismo storico: problemi e miti*, Roma-Bari, 1996; P. VIDAL NAQUET, *assassini della memoria: saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008. Dal punto di vista giuridico-penalistico e comparativo E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; G. DELLA MORTE, *L’introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell’ordinamento internazionale*, in *Dir. Pub. Comp. ed Eu.*, 2014(3), pp. 1181 ss.; P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1815 ss.; M. CAPUTO, *Le verità del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO, *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014; A. CIERVO, *Prestare ascolto alle lacune. Appunti per uno studio giuridico sull’introduzione del reato di negazionismo nell’ordinamento italiano*, in *Questione giustizia*, 2013, pp. 81 ss.; G. LEWY, *Outlawing Genocide Denial: The Dilemmas of Official Historical Truth*, Salt Lake City, 2014; L. HENNEBEL and T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011; R. KAHN, *Holocaust Denial and the Law: A Comparative Study*, New York, 2004; P. BEHRENS, *Genocide Denial and the Law: A Critical Appraisal*, in *Buff. Hum. Rts. L. Rev.*, 27, 21, 2014;

⁶ Cfr. G. WERLE - F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2014, pp. 334 ss.; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2013, pp. 38 ss.; M. C. BASSIOUNI, *International criminal law. Vol. 1, Sources, subjects, and contents*, M. Nijhoff Pub., 2008, pp. 129 ss.;

⁷ Art. 6 Statuto di Roma.

approssimazione, laddove violazioni di massa di fondamentali diritti dell'uomo non siano sorrette da tale dolo specifico (oggetto di annoso, intenso e non sopito dibattito in dottrina),⁸ esse si sottrarranno integralmente alla qualificazione giuridica di genocidio discendente dallo Statuto di Roma e dalla stessa Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948,⁹ pur potendo, tuttavia, mantenere rilevanza penale internazionale come condotte integranti crimini contro l'umanità, se commesse nell'ambito di un attacco esteso e sistematico contro una popolazione civile, o crimini di guerra, se commesse su larga scala e nell'ambito di un conflitto armato.

Tale premessa permette di anticipare il fulcro problematico del caso in esame,¹⁰ in cui la Corte si confronta con un caso di negazionismo diverso da quello della *Shoah* e – in contrasto con precedenti pronunce in casi relativi a quest'ultimo – per la prima volta risolve il conflitto tra libertà di espressione, da un alto, e protezione penale della dignità delle vittime e dei loro discendenti, dall'altro, con un bilanciamento a favore della prima. La Grande Camera, infatti, rinviene una violazione del diritto alla libertà di espressione nella condanna inflitta dalla Svizzera al ricorrente, per aver negato che il massacro commesso dagli Ottomani a danno della comunità armena nel 1915 costituisse un genocidio. La Corte ha concluso che la condanna, considerando gli elementi specifici del caso, non fosse “necessaria in una società democratica”.

Prima di provare a svolgere qualche considerazione sulla scelta del legislatore italiano e prima di valutare se il giudizio sul caso Perinçek costituisca un vero e proprio punto di svolta nella giurisprudenza della Corte EDU, è necessario analizzare meglio i fatti contestati.

2. Le affermazioni di Perinçek sul genocidio armeno e la condanna elvetica.

Il caso prende le mosse dalle affermazioni formulate nel 2005 da Doğu Perinçek, cittadino turco, presidente del Partito Turco dei Lavoratori. Perinçek, in occasione di iniziative politiche in Svizzera, espresse la convinzione che le atrocità commesse contro la minoranza armena dall'Impero ottomano durante gli anni a partire dal 1915 non costituissero un genocidio.

⁸ V., *ex multiis*, K. AMBOS, *What does 'intent to destroy' in genocide mean?* in *Intl. Rev. of the Red Cross*, 91(876) 2009, pp. 833-858; P. AKHAVAN, *Reducing genocide to law: definition, meaning, and the ultimate crime*, Cambridge, 2012; P. BEHRENS - R. HENHAM (eds.), *The criminal law of genocide: international, comparative and contextual aspects*, Oxon – New York, 2016; W. SCHABAS, *Genocide in International Law: the Crimes of Crimes*, Cambridge,, 2009.

⁹ Art. 2: “Nella presente Convenzione, per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale: a) uccisione di membri del gruppo; b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; c) il fatto di sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro”.

¹⁰ Su cui l'analisi di M. MONTANARI, [Libertà di espressione e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande camera della Corte edu](#), in questa Rivista, 21 ottobre 2015.

Più precisamente, durante una conferenza stampa a Losanna, asserì che le tesi sul genocidio armeno costituivano una “menzogna internazionale” e che i documenti dell’epoca dimostravano che i responsabili dell’*escalation* di violenze tra musulmani ed armeni in quegli anni, che avevano fino ad allora convissuto in pace per secoli, erano stati gli imperialisti occidentali e della Russia zarista, che avevano incitato gli armeni alla violenza, costringendo turchi e curdi a difendere la propria terra dagli attacchi.¹¹

Successivamente, durante due comizi, Perinçek aggiunse che, prima delle tensioni del 1915, la questione curda e quella armena non esistevano. Ad avviso del ricorrente, i rapporti segreti dei leader sovietici dell’epoca dimostravano che vi erano stati effettivamente episodi di “conflitto etnico, massacri e stragi”, ma in essi la Turchia si trovava dalla parte di chi difende la propria terra, mentre gli armeni erano dalla parte dei poteri imperialisti, di cui si erano resi strumento; non vi era stato, ad avviso del ricorrente, “nessun genocidio”, ma “una battaglia tra due popoli”, in cui “anche gli armeni furono responsabili di massacri” a danno dei Turchi.¹²

Per tali dichiarazioni, nel luglio dello stesso anno l’Associazione Svizzera-Armenia denunciò il ricorrente. Si instaurò così il procedimento penale a carico di Perinçek, che si concluse con una condanna della Corte del Distretto di Losanna ai sensi dell’art. 261-bis co. 4 c.p. svizzero, che stabilisce: “chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l’umanità, [...] è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria”.

Perinçek vide poi respinte le proprie impugnazioni, sia da parte della Corte Cantonale di Vaud, sia, in ultima istanza, da parte della Corte Federale elvetica.¹³

Nel ricorso innanzi alla Corte Federale, il ricorrente contestava la mancanza di motivazioni e sentimenti razzisti alla base delle proprie dichiarazioni, affermando, inoltre, che non vi fosse consenso storico attorno alle cause degli eventi del 1915. Soprattutto, il punto centrale delle doglianze di Perinçek consisteva nella prospettazione di aver negato non l’esistenza dei massacri, ma solo ed esclusivamente la relativa qualificazione giuridica. A favore di tale tesi, la difesa del ricorrente rilevava l’assenza di qualsiasi pronuncia di un tribunale penale internazionale in merito alla vicenda storica in esame, tale da fugare i dubbi sulla effettiva caratterizzazione di quegli eventi come genocidio.¹⁴

I giudici svizzeri, al contrario, ritennero esservi sufficiente riconoscimento politico, accordo scientifico e “largo consenso nella comunità” sulla qualifica di genocidio delle azioni ottomane di quegli anni. Curiosamente, nel negare che le affermazioni di Perinçek fossero motivate dall’intento di contribuire al dibattito storico, i giudici federali argomentarono (in una sorta di rimprovero per mancata abiura) che, a

¹¹ Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [Grande Camera], cit., par. 3.

¹² Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [Grande Camera], cit., par. 16.

¹³ Tribunale Federale, 12 dicembre 2007, ATF 6B_398/2007.

¹⁴ Ivi, par. 4.3.

dispetto dell'istruzione e del livello culturale, il ricorrente, con "ostinazione" da "provocatore",¹⁵ aveva dichiarato che anche di fronte alla decisione di un *panel* internazionale di esperti neutrali, chiamati a dirimere la controversia, egli non avrebbe mutato il proprio convincimento.¹⁶

Per i giudici elvetici le affermazioni del ricorrente erano connotate da razzismo e nazionalismo, poiché egli aveva dipinto gli armeni come aggressori ed era un seguace di Talaat Pasha (figura centrale degli eventi del 1915, considerato il principale responsabile dei crimini commessi).¹⁷

Infine, affrontando un tema centrale anche per il giudizio della Grande Camera della Corte EDU, la Corte Federale si soffermò sul tema del negazionismo dell'Olocausto e sulla sua centralità rispetto all'introduzione dell'art. 261 *bis* c.p. svizzero. I giudici sostennero che la stessa *ratio* posta alla base della criminalizzazione del negazionismo dell'Olocausto andasse applicata in tutti i casi in cui sulla verità storica di genocidi e crimini contro l'umanità vi fosse un "consenso generale" tale da essere "comparabile" a quelli sussistenti per la *Shoah*, vale a dire ogni volta che si trattasse di un fatto storico "indiscutibile".¹⁸

3. Brevi cenni sulla genesi del 'crimine dei crimini' nell'ordinamento internazionale e sulle problematiche relative al caso armeno.

Il genocidio armeno, tuttavia, dal punto di vista della qualificazione giuridica, appare tutt'altro che "indiscutibile", ed anzi è assai discusso, in dottrina. Per situarsi meglio nell'orizzonte della complessità degli eventi storici in questione, giova ricordare che non solo manca, tutt'oggi, una sentenza che ricostruisca la vittimizzazione subita dagli armeni nel 1915 in termini di corrispondenza alla vigente fattispecie di genocidio dello Statuto di Roma, ma anche che tale concetto si affaccia nella storia del pensiero giuridico solo assai più tardi rispetto agli eventi in questione, e cioè sul finire del secondo conflitto mondiale.

Il termine 'genocidio' venne coniato, infatti, circa trent'anni più tardi, nel 1943, dal giurista polacco Raphael Lemkin. Negli eccidi degli ebrei polacchi durante l'occupazione nazista della Polonia, cinquanta membri della famiglia di Lemkin persero la vita, ed egli stesso fu costretto a fuggire in Svezia. Il concetto di genocidio, dunque,

¹⁵ Ivi, p.11.

¹⁶ Ivi, par. 5.1: "With regard to intent, the Criminal Court found that [the applicant], a doctor of laws, politician and self-styled writer and historian, had acted in full knowledge of the consequences, stating that he would never change his position, even if a neutral panel should one day conclude that the Armenian genocide did indeed take place" [A proposito dell'elemento soggettivo, il giudice di prima istanza ritenne che il ricorrente, dottore in diritto, politico ed a sua detta scrittore e storico, avesse agito nella piena consapevolezza delle conseguenze quando asserì che non avrebbe mai modificato la propria posizione, anche nel caso in cui un comitato neutrale di esperti avesse un giorno concluso che un genocidio armeno era effettivamente avvenuto].

¹⁷ Ivi, par. 5.2.

¹⁸ Ivi, parr. 3.4.1 - 3.4.3.

comparve per la prima volta nel testo del 1944 “Axis Rule in Occupied Europe”.¹⁹ Con esso Lemkin intese designare non solo l'immediata distruzione di un popolo o di una nazione, ma, più in generale, un piano coordinato, coinvolgente differenti condotte, finalizzato a distruggere i presupposti fondamentali per la vita di un gruppo, incluse le istituzioni politiche e sociali, la cultura, la lingua, la salute, la libertà e la dignità, con l'obiettivo di annientare il gruppo stesso.²⁰ Il testo di Lemkin riprendeva precedenti sollecitazioni del giurista nei confronti dei Membri della Società delle Nazioni, volte a bandire tali atti definiti prima di ‘barbarie’ e poi ricondotte entro la definizione di genocidio. Ed invero, fin dal 1933, in occasione della Conferenza Internazionale per l'Unificazione del Diritto Penale di Madrid, proprio alla vittimizzazione di massa degli armeni nel 1915 Lemkin aveva guardato come ad un esempio storico dei fenomeni di ‘barbarie’ e ‘vandalismo’ di cui chiedeva la criminalizzazione.²¹

Di tali albori internazionali del crimine di genocidio vi è traccia, per ciò che interessa la presente analisi, anche nella sentenza della Corte EDU, laddove ricorda che la mozione non vincolante del Consiglio nazionale svizzero per il riconoscimento del genocidio armeno fu adottata anche sulla base del rilievo secondo cui gli eventi del 1915 erano stati uno dei punti di riferimento dell'elaborazione di Lemkin.²²

Tuttavia, anche dopo l'affacciarsi del concetto di genocidio nel dibattito, la codificazione internazionale del crimine richiese diversi anni. Infatti, nonostante gli sforzi di Lemkin ed i suoi continui contatti con i funzionari del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga durante le prime fasi del processo,²³ solo il documento contenente le imputazioni formulate dall'accusa fece menzione del termine ‘genocidio’, che fu utilizzato una sola volta e – al contrario di quanto auspicato da Lemkin – non come fattispecie autonoma, ma come condotta ricompresa tra quelle ascritte agli imputati a titolo di crimini di guerra. Il termine, invece, non comparve mai nel giudizio finale del Tribunale.²⁴

Solo con la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948 il genocidio viene definito nei termini attuali, per poi divenire crimine internazionale in senso stretto con gli Statuti dei tribunali penali internazionali per il Ruanda e l'Ex Jugoslavia, prima, e con lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, poi.²⁵

¹⁹ R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation. Analysis of Government. Proposals for Redress*, Washington D.C., 1944.

²⁰ Ivi, p.79.

²¹ Cfr. R. LEMKIN, *Les actes constituant un danger general (interétatique) consideres comme delites des droit des gens*, Paris, 1933.

²² CorteEDU, *Perinçek c. Svizzera* [Grande Camera], cit., par. 48.

²³ R. LEMKIN, *Lemkin draft autobiography, '1st chapter'*, in, *Raphael Lemkin Papers*, New York Public Library, Manuscripts & Archives Division, New York, NY Reel 2, p. 4.

²⁴ Cfr. la dettagliata ricostruzione della vicenda da parte di J. Q. BARRETT, *Raphael Lemkin and 'Genocide' at Nuremberg*, in C. Safferling - E. Conze (eds.), *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, the Hague, 2010.

²⁵ Cfr. C. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*, Milano, 2013.

Tanto considerato, risulta chiaro che gli omicidi e le deportazioni degli armeni nel 1915 si collocano storicamente in un orizzonte internazionale in cui il concetto di genocidio non era ancora stato ideato. La dottrina internazionalpenalistica, di conseguenza, dibatte da anni sulla possibilità di qualificare quegli eventi come genocidio ai sensi del vigente diritto internazionale. Nel dibattito non mancano contrapposizioni radicali. Vi è chi ritiene configurabile a carico dello Stato turco una responsabilità per genocidio, in virtù di un principio di continuità di diritto internazionale tra le responsabilità dell'Impero ottomano e la Turchia odierna,²⁶ e chi nega *in radice* questa possibilità, insistendo sulla mancanza del *dolus specialis* di genocidio e sull'inesistenza di un tribunale competente a decidere della questione.²⁷

Autorevole dottrina, in posizione intermedia, riconoscendo la difficoltà che si incontrerebbe di fronte all'esigenza di provare il dolo genocidiario nelle condotte ottomane del 1915,²⁸ sottolinea quanto, al di là delle implicazioni politiche e identitarie connesse al potere evocativo del concetto di genocidio, i crimini contro l'umanità – non meno gravi come “paradigma di atrocità” – sarebbero, nella loro attuale configurazione internazionale, meglio rispondenti a qualificare giuridicamente gli eventi in questione.²⁹

Considerato tutto ciò, è dunque possibile analizzare più da vicino le argomentazioni dalla Grande Camera, meglio apprezzando gli elementi di discontinuità offerti dalla sentenza rispetto alla precedente giurisprudenza di Strasburgo.

4. La sentenza della Grande Camera della Corte EDU.

Perinçek, vistosi respingere il ricorso alla Corte Federale svizzera, si rivolse alla Corte EDU nel giugno 2008, lamentando la violazione del principio di legalità convenzionale e del suo diritto alla libertà di espressione. Nel dicembre 2013, i giudici della Seconda Sezione della Corte si pronunciarono sul caso, sancendo l'effettiva violazione dell'art. 10 della Convenzione. Dopo la sentenza, il Governo svizzero ha richiesto che del caso fosse investita la Grande Camera, ai sensi dell'art. 43 CEDU. Dopo aver accettato l'istanza ed esaminato il caso, la Grande Camera si è pronunciata confermando la decisione della Seconda Sezione ed articolando più approfonditamente gli argomenti a sostegno della decisione stessa (raggiunta a maggioranza, con l'opinione concorrente del giudice Nussberger e due *dissenting opinion* di ben sette giudici).³⁰

²⁶ V. AVEDIAN, *State Identity, Continuity, and Responsibility: The Ottoman Empire, the Republic of Turkey and the Armenian Genocide*, in *European Journal of International Law*, vol. 23, n. 3, 2012, pp. 797-820.

²⁷ P. TACAR – M. GAUIN, *State Identity, Continuity, and Responsibility: The Ottoman Empire, the Republic of Turkey and the Armenian Genocide: A Reply to Vahagn Avedian*, in *European Journal of International Law*, vol. 23, n. 3, 2012, pp. 821-835.

²⁸ Cfr. K. AMBOS, *The Armenian 'Genocide'?*, EJILTalk!, 11 maggio 2015, in [questa pagina web](#).

²⁹ W. SCHABAS, *Crimes Against Humanity as a Paradigm for International Atrocity Crimes*, in *Middle East Critique*, vol. 20, n. 3, 2011, pp. 253-269.

³⁰ Cfr. Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [Grande Camera], ric. N. 27510/08, 15 ottobre 2015, *Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Nussmberger*, pp. 117 ss; *Joint Dissentin Opinion of Judges Spielmann*,

Nella sentenza, i giudici di Strasburgo analizzano, anzitutto, la questione dell'applicabilità dell'art. 17 della Convenzione ('Divieto di abuso di diritto'), sovente impiegato per dichiarare inammissibili i ricorsi contro condanne per negazionismo. In secondo luogo, con riferimento all'art. 10 co. 2 CEDU,³¹ essi si soffermano sulle tre condizioni da rispettare affinché un'interferenza statale con la libertà di espressione possa ritenersi conforme al dettato convenzionale: legalità, perseguimento di uno scopo legittimo e necessità in una società democratica. La Corte, a tal proposito, chiarisce i parametri ermeneutici tramite i quali effettuare la valutazione di sussistenza dei tre requisiti menzionati.

Da ultimo, come accennato, il giudizio prova a fornire chiarimenti sulla 'specialità' della disciplina delle condotte di negazionismo dell'Olocausto, visto come un *unicum* che, per ragioni politiche e istituzionali, dà luogo ad un orientamento più restrittivo e ad una minore protezione del diritto alla libera espressione.

4.1. Restrizione dell'ambito di applicazione del divieto di abuso del diritto.

L'art. 17 CEDU stabilisce: "Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione".

La previsione mira dunque ad escludere dal sistema di protezione convenzionale l'esercizio dei diritti sanciti dalla CEDU, qualora tale esercizio si concreti in attività finalizzate alla distruzione delle libertà che la Convenzione stessa garantisce.

Tale concetto richiama quello al centro della *vexata quaestio*, a lungo discussa nel pensiero giuridico e nella teoria penalistica (fin dal dibattito weimariano),³² circa una 'democrazia capace di difendere se stessa' dal totalitarismo, che trova un punto di

Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis and Kūris, pp. 121 ss.; *Additional Dissenting Opinion of Judge Silvis, joined by Judges Casadevall, Berro and Kūris*, pp. 126 ss.

³¹ "L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

³² Cfr. H. A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar: 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca* Roma 1998; OBERNDÖRFER, *Germany's 'Militant Democracy': An Attempt to Fight Incitement Against Democracy*, in D. Kretzmer - F.K. Hazan (a cura di), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, L'Aia, 2000; H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, Milano, 1987; ID. *Staatslehre*, Tübingen 1983; Kelsen, *On the essence and value of democracy* (a cura di N. Urbinati e C. Invernizzi Accetti), Plymouth 2013; C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981; ID., *The crisis of parliamentary democracy*, (tra. Ing. di E. Kennedy), Cambridge/London, 1988; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, 1999.

riferimento fondamentale nell'antica idea di "democrazia militante", formulata da Karl Loewenstein (su cui v. *infra*, par. 5).³³

Le condotte che ricadono entro l'ambito di applicazione della clausola relativa all'abuso del diritto non godono, dunque, delle garanzie discendenti dagli altri articoli della Convenzione. Un'importante implicazione procedurale di tale disposizione consiste nel dato per cui, quando un ricorso appare basato su attività finalizzate a scopi 'anti-convenzionali', esso non raggiunge lo stadio dell'esame nel merito o, nei casi di negazionismo, dell'esame rispetto all'applicabilità dell'art. 10 co.2 CEDU, ma viene dichiarato inammissibile dopo un esame *prima facie* (cd. "guillotine effect").³⁴

La Corte EDU, nella sua giurisprudenza, ha ampiamente applicato l'art. 17 per riconoscere l'ammissibilità di sanzioni penali contro opinioni che "si dirigono contro i valori fondamentali sottesi alla Convenzione".³⁵ In tale categoria essa ha incluso una vasta gamma di espressioni vietate, dalla negazione di fatti storici o crimini contro l'umanità "chiaramente stabiliti" (nel senso di "acclarati"), alla "giustificazione di crimini di massa" quali tortura ed esecuzioni sommarie e alla "glorificazione di crimini di guerra, di crimini contro l'umanità e di genocidio".³⁶

Nella crescita del discorso razzista che attraversa l'Europa, è noto quanto espressioni di questo tipo siano tristemente frequenti. Tuttavia, la maggior parte dei casi in cui la Corte ha applicato l'art. 17 sono accomunati da un aspetto: essi hanno tutti ad oggetto uno specifico tipo di negazionismo, cioè quello relativo all'Olocausto.³⁷

Per comprendere meglio le implicazioni della sentenza *Perinçek*, seguendo lo schema proposto da autorevole dottrina,³⁸ gli orientamenti interpretativi della Corte EDU sull'art.17 possono essere suddivisi in diverse fasi.

Nella prima fase, l'art. 17 non entrava mai in gioco, eccetto che in due risalenti casi analizzati dalla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo;³⁹ anche ricorsi relativi

³³ K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *Am. Polit. Sci. Rev.*, vol. 31, n. 3, 1937, pp. 417-432.

³⁴ G. COHEN JONATHAN, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 46, 2001, p. 665.

³⁵ Commissione EDU, *Kühnen c. Repubblica Federale Tedesca*, 12194/86, 12 maggio 1988, par. 1.

³⁶ Cfr. *inter alia*, Corte EDU, *Lehideux e Isorni c. Francia*, [GC] Ric. N. 24662/94, 23 settembre 1998, par. 47; *Janowiec e al. c. Russia*, ric. N. 29520/09, 16 aprile 2012, par. 165; *Garaudy c. Francia*, ric. N. 65831/01, 24 giugno 2003, par. 1; *Orban e al. c. Francia*, ric. N. 20985/05, 15 gennaio 2005, par. 35; *Fáber c. Ungheria*, ric. N. 40721/08, 24 luglio 2012, par. 58.

³⁷ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, *F. P. c. Germania*, ric. N. 19459/92, 29 marzo 1993; *Walendy c. Germania*, Ric. N. 21128/92, 11 gennaio 1995; *Remer c. Germania*, Ric. N. 25096/94, 6 settembre 1995; *Partito Nazionaldemocratico Tedesco c. Germania*, Ric. N. 25992/94, 29 novembre 1995; *Rebhandl c. Austria*, Ric. N. 24398/94, 16 gennaio 1996; *D. I. c. Germania*, Ric. N. 26551/95, 26 giugno 1996; *Hennicke c. Germania*, Ric. N. 34889/97, 21 maggio 1997; *Nachtmann c. Austria*, Ric. N. 36773/97, 9 settembre 1998.

³⁸ Ci si riferisce a P. LOBBA, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime in European Journal of International Law (EJIL)*, 26, 1, 2015, pp. 237-253.

³⁹ Commissione EDU, *Partito Comunista Tedesco c. Germania*, ric. N. 250/57, 20 luglio 1957; *Glimmerveen and Hagenbeek c. Paesi Bassi*, ricc. Nn. 8348/78 e 8406/78, 11 ottobre 1979

ad attività di stampo antisemita vennero rigettati a seguito di un'analisi di merito circa la compatibilità della compressione della libertà di espressione con l'art. 10 co.2 CEDU.⁴⁰

Nel secondo stadio dello sviluppo giurisprudenziale, il divieto di abuso del diritto venne sovente utilizzato come strumento interpretativo a supporto delle argomentazioni relative all'art. 10, mentre, in altre pronunce, esso fu ritenuto potenzialmente applicabile non solo ad attività miranti alla "distruzione delle libertà sancite dalla Convenzione", ma anche – utilizzando un concetto assai più ampio – a quelle attività che si dirigessero contro i "valori fondamentali" e lo "spirito" della Convenzione stessa.⁴¹

Nella terza fase, la Corte ricorse più di frequente all'art. 17, determinando il menzionato *guillotine effect*. In particolare, il negazionismo dell'Olocausto, a prescindere da un'effettiva connotazione razzista delle affermazioni incriminate, fu ritenuto tale da dar luogo all'applicazione del divieto di abuso, con il conseguente effetto di escludere il bilanciamento previsto dall'art.10 CEDU.⁴²

Nella sentenza sul caso *Perinçek*, la Grande Camera sviluppa argomentazioni di grande rilievo circa la legittimità del ricorso alla clausola dell'abuso del diritto, tanto più interessanti in virtù delle descritte oscillazioni negli orientamenti interpretativi della Corte.

Anzitutto, i giudici sottolineano che l'art. 17 CEDU è applicabile solo "su basi eccezionali e in casi estremi".⁴³ Secondo il collegio, quando la libertà in discussione è quella di espressione, il ricorso alla clausola dell'abuso del diritto è legittimo solo qualora sia "immediatamente chiaro" che il ricorrente abbia provato ad esercitare il suo diritto per fini indubitabilmente contrari ai valori della Convenzione. Nell'ottica della Corte, dunque, il punto decisivo per decidere dell'applicazione dell'art.17 è stabilire se il ricorrente, tramite le affermazioni in questione, abbia provato a "diffondere intolleranza o violenza" e se, così facendo, egli abbia inteso "fare affidamento sulla Convenzione" per capovolgere la funzione.⁴⁴

Nel caso di specie, la Corte ritiene che le affermazioni di *Perinçek* non fossero sorrette dalla volontà di istigare all'odio o all'intolleranza contro il popolo armeno e che egli non avesse denigrato le vittime degli eventi del 1915. Su questa base, la Grande Camera conclude che il ricorrente non ha esercitato il proprio diritto per fini contrari ai valori fondamentali della Convenzione e che, di conseguenza, non vi sono elementi per dichiarare inammissibile il ricorso sulla base dell'art. 17.⁴⁵

L'abuso del diritto, dunque, torna ad essere inquadrato quale dispositivo di *extrema ratio*, la cui applicazione è condizionata alla sussistenza di una condotta qualificata da istigazione all'odio o alla violenza di stampo razziale, o da una offesa alla dignità delle vittime di crimini di massa.

⁴⁰ V. Corte EDU, *Lowes c. Regno Unito*, ric. N. 13214/87, 9 dicembre 1988.

⁴¹ Cfr. Commissione EDU, *Kühnen c. Repubblica Federale Tedesca*, cit.

⁴² Cfr. P. LOBBA, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights*, cit., p.241

⁴³ Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [GC], cit., par. 114.

⁴⁴ Ivi, par.115.

⁴⁵ Ivi, par. 104.

4.2. La limitazione della libertà di espressione: legalità e perseguimento di uno scopo legittimo.

Dopo aver escluso l'applicabilità dell'art. 17, la Grande Camera procede ad analizzare il merito del caso nella cornice dell'art. 10 CEDU. Come accade per molti dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, anche quello alla libera espressione può essere sottoposto a limitazioni. Il co.2 dell'art. 10, infatti, annovera una vasta gamma di ragioni che possono giustificare una compressione, e cioè "la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, l'impedimento della divulgazione di informazioni riservate e la protezione della salute" o, addirittura, della "morale". La compressione della libertà di espressione, però, oltre ad essere basata su una delle ragioni richiamate, deve anche rispettare tre importanti condizioni. L'interferenza statale, infatti, deve: a) essere prescritta dalla legge, b) perseguire uno scopo legittimo e c) essere necessaria in una società democratica.

Circa il primo requisito, la Corte ritiene che, in caso di interferenze consistenti in sanzioni penali, non sia sufficiente la mera esistenza di una prescrizione legale. Una norma penale, infatti, per costante orientamento della Corte EDU, non è conforme al *nullum crimen* se non è formulata in modo tale da garantire al soggetto conoscibilità e prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie condotte. I giudici, dunque, considerano che l'art. 261 *bis* co.4 del codice penale svizzero, con l'utilizzo generico del termine 'genocidio', senza altre specificazioni, possa dare adito a dubbi. Tuttavia la Grande Camera prende in considerazione che il Consiglio nazionale svizzero aveva precedentemente riconosciuto ufficialmente il genocidio armeno e conclude che, nonostante la scarsità di precedenti nella giurisprudenza nazionale, il ricorrente, giurista e ben informato uomo politico, avrebbe potuto antivedere le conseguenze delle proprie affermazioni in Svizzera.⁴⁶ La prima condizione di una limitazione della libertà di espressione, dunque, a parere dei giudici è soddisfatta.

Rispetto al secondo requisito, il perseguimento di uno scopo legittimo, la Grande Camera analizza la condanna svizzera alla luce dei due profili legittimanti della "protezione dei diritti altrui" e della "prevenzione del disordine". Quanto al primo, la Corte traccia una distinzione tra la tutela della dignità delle vittime dei crimini ottomani del 1915 e quella della dignità, "inclusa l'identità", degli armeni dei giorni nostri. L'interrelazione tra dignità e identità del popolo armeno si basa, nella visione dei giudici, sul fatto che tale identità sia, tutt'oggi, profondamente connotata dalla lettura degli eventi del 1915 come vero e proprio genocidio.⁴⁷

La Corte ritiene anche che, nel contestare la qualificazione giuridica degli eventi, Perinçek non abbia inteso porre in cattiva luce le vittime o sminuirne la dignità. Allo stesso tempo, i giudici riconoscono che la condanna da parte della Svizzera fosse

⁴⁶ Ivi, par. 140.

⁴⁷ Ivi, par. 155.

effettivamente volta alla tutela dell'identità, e dunque della dignità, della minoranza armena.⁴⁸

Più problematica, invece, appare la legittimità della condanna rispetto al fine di prevenzione di disordini. Nella Convenzione, infatti, il tenore letterale delle previsioni che rinviano al concetto di ordine pubblico varia da disposizione a disposizione: alcuni articoli recano la dicitura "prevenzione del disordine",⁴⁹ mentre altri si riferiscono ad "interesse, protezione o mantenimento dell'ordine pubblico".⁵⁰ La Corte riflette su tali differenze, richiamando le due differenti nozioni di ordine pubblico⁵¹ ben note al dibattito penalistico: una 'materiale', coincidente con la protezione della condizione pacifica di convivenza dei consociati, ed una 'ideale', ampia al punto di ricomprendere la protezione del corpo di "principi politici, economici e *morali* necessari al mantenimento della struttura sociale".⁵² La Corte indica che il concetto di "ordine pubblico", nel caso di specie, va interpretato restrittivamente, in accordo con la relativa concezione materiale. Di conseguenza, i giudici notano che nella sentenza di condanna elvetica non vi è indicazione di elementi utili a far sorgere una fondata preoccupazione che, al tempo e nel contesto degli eventi pubblici considerati, le dichiarazioni di Perinçek avrebbero potuto innescare serie tensioni, tali da condurre a disordini o scontri.⁵³ Per tale ragione, la Grande Camera non ritiene rispettato il secondo requisito di legittimità dell'interferenza statale con la libertà di espressione del ricorrente.

4.3. *Necessità dell'interferenza statale in una società democratica.*

L'ultimo e più controverso requisito di conformità alla Convenzione al vaglio dei giudici di Strasburgo è la necessità della condanna in una società democratica. La valutazione della Corte a tal proposito è esplicitamente protesa a bilanciare due polarità: da un lato, le esigenze di tutela di gruppi la cui identità e dignità siano significativamente connesse ad eventi passati di vittimizzazione di massa (ricondotte all'ambito di protezione dell'art. 8: "diritto al rispetto della vita privata e familiare"); dall'altro, il diritto alla libertà di espressione del ricorrente *ex art.* 10.

⁴⁸ Ivi, par. 157.

⁴⁹ V. Art. 10 co. 2, 8 co. 2 e 11 co. 2 CEDU.

⁵⁰ V. Art. 9, co. 2 CEDU, art. 1, co.2 del Protocollo n.7 ed art. 2, co. 3 del Protocollo n.4.

⁵¹ Cfr. nell'orizzonte dell'ordinamento nazionale, S. MOCCIA, (voce) *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, p.3; ID., *Prefazione*, in AA. VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, XVII; C. FIORE, (voce) *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1092; ID., *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. Stile, Napoli 1985, p. 280; G. RICCIO, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. Vassalli, Milano, 1986, p. 729; INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2° ed., Bologna 2000, pp. 207-208; A. BEVERE, *Ordine pubblico*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Milano 1980, pp. 275-276; sul piano internazionalistico e comparativo, v. J. FEINBERG, *Harmless wrongdoing: The moral limits of the criminal law*, Oxford, 1990; M. S. MCDUGAL - H. D. LASSWELL, *The identification and appraisal of diverse systems of public order*, in *AJIL*, 53 1 (1959), 1-29.

⁵² CorteEDU, *Perinçek c. Svizzera* [GC], cit., par. 147 (corsivo aggiunto).

⁵³ Ivi, par. 153.

La Grande Camera sottolinea che la libertà di espressione è valore fondamentale di ogni società democratica, di cui tolleranza e pluralismo rappresentano elementi costitutivi. Tale libertà, quindi, si applica non solo all'espressione di opinioni che siano positivamente ricevute dalla comunità o considerate inoffensive, ma anche a quelle che eventualmente "disturbino, offendano o sconvolgano". In questo senso, l'elemento chiave dell'operazione di bilanciamento tra i diritti in conflitto è, per la Corte, la sussistenza, o meno, di una "pressante esigenza sociale" che imponga l'interferenza statale.⁵⁴

La Corte continua illustrando i diversi parametri attraverso i quali valutare se, e in che misura, la necessità (intesa come pressante esigenza sociale) della sanzione possa prevalere sul diritto alla libera espressione. Tra questi parametri, alcuni, in particolare, risultano cruciali.

In primis, la Grande Camera analizza le caratteristiche delle affermazioni del ricorrente. In particolare, assumono rilevanza quelle espressioni che, concernendo questioni di interesse pubblico, siano meritevoli di una "soglia particolarmente elevata di protezione da qualsiasi compressione". Appartengono a questa categoria le affermazioni concernenti controversie storiche, purché non connotate da un'istigazione all'odio, all'intolleranza o alla violenza. I giudici notano che, pur se i discorsi di Perinçek non erano ispirati da metodo scientifico, ma piuttosto da un orientamento politico, essi appaiono comunque di carattere storico-politico e legale e, quindi, di interesse pubblico.⁵⁵

In secondo luogo, la Corte valuta la portata offensiva delle espressioni, e cioè se esse presentino elementi di esaltazione della violenza, di istigazione all'intolleranza o di disprezzo per interi gruppi etnici. L'idoneità offensiva delle espressioni è dunque valutata nell'ottica della loro concreta pericolosità. I giudici ritengono che l'autore abbia inteso presentare gli armeni come "pedine" della strumentalizzazione imperialista, senza esprimersi in termini ingiuriosi, dispregiativi o di stereotipizzazione negativa su base etnica.⁵⁶ Tali argomentazioni risultano di indubbia rilevanza, poiché denotano, ai fini della punibilità delle espressioni, la necessità della sussistenza di una giustificazione dei crimini, di un'istigazione alla violenza, o quanto meno di una connotazione razzista. D'altro canto, a testimonianza della problematicità dei citati parametri, è sufficiente notare il fatto che il ricorrente qualificava esplicitamente anche gli armeni come responsabili, a propria volta, di massacri a danno dei turchi ottomani,⁵⁷ per comprendere quanto discrezionale possa risultare l'interpretazione del concetto di "giustificazione".

Ancora, la Grande Camera, indicando ulteriori parametri (i più contestati dai giudici autori delle *dissenting opinion*), si sofferma sul contesto temporale e spaziale dell'interferenza statale rispetto agli eventi oggetto delle affermazioni incriminate.

Per la Corte, tale contestualizzazione risulta essenziale al fine di valutare la sussistenza della menzionata "pressante esigenza sociale" alla base della sanzione. La

⁵⁴ Ivi, par. 196.

⁵⁵ Ivi, parr. 206 ss.

⁵⁶ Ivi, parr. 230 ss.

⁵⁷ Si vedano le affermazioni riportate in apertura, vedi nota n.10.

maggioranza dei giudici, dunque, afferma che l'esperienza storica dello Stato che commina ed infligge la pena può assumere un peso significativo. In tal senso, il carattere controverso delle affermazioni del ricorrente era esterno alla vita politica della Svizzera e nelle relative sentenze di condanna non vi è alcun riferimento al contesto turco, in cui la minoranza armena denuncia discriminazioni e ostilità.

Per i giudici, dunque, anche se la protezione dei diritti umani implica un'aspirazione universale, essa non è incondizionata, poiché dal "requisito di proporzionalità" insito nel concetto di "necessità in una società democratica" discende l'esigenza di una "connessione razionale tra le misure prese dalle autorità statali e il relativo scopo perseguito". Di conseguenza, secondo tale argomento, la distanza temporale e geografica tra gli eventi oggetto delle affermazioni incriminate ed il contesto in cui esse vengono pronunciate appare inversamente proporzionale alla conformità delle misure rispetto allo scopo. In altre parole, tanto più gli eventi storicamente controversi sono lontani, nel tempo e nello spazio, rispetto alle affermazioni che li negano (o contestano), tanto meno la sanzione è conforme alla tutela della dignità delle vittime e dei loro discendenti.⁵⁸

Avvertendo il carattere potenzialmente dirompente di tali argomentazioni, i giudici precisano una importante distinzione, affermando che quanto da ultimo riportato non vale nei casi di negazionismo dell'Olocausto. In tali casi, infatti, nella visione della Corte, il primo fattore che giustifica la punibilità delle opinioni negazioniste consiste non nella difesa della verità storica, ma, piuttosto, nella intrinseca pericolosità di tali opinioni (anche quando "camuffate da ricerca storica imparziale") rispetto al contesto regionale in cui sono espresse. I giudici giungono persino a teorizzare una sorta di presunzione di compatibilità con la Convenzione delle sanzioni a carico di autori di manifestazioni di opinioni negazioniste inflitte da quegli Stati, come la Germania, in capo ai quali sussisterebbe una "speciale responsabilità morale di prendere le distanze dalle atrocità che essi hanno [in passato] perpetrato o agevolato".⁵⁹

Non sorprende, dunque, che i giudici dissenzienti contestino la validità di tali parametri, nella preoccupazione che essi possano indurre, ingiustificatamente, a punire

⁵⁸ Ivi, par. 250.

⁵⁹ Ivi, par. 243: *"This is particularly relevant with regard to the Holocaust. For the Court, the justification for making its denial a criminal offence lies not so much in that it is a clearly established historical fact but in that, in view of the historical context in the States concerned [...] its denial, even if dressed up as impartial historical research, must invariably be seen as connoting an antidemocratic ideology and anti-Semitism. Holocaust denial is thus doubly dangerous, especially in States which have experienced the Nazi horrors, and which may be regarded as having a special moral responsibility to distance themselves from the mass atrocities that they have perpetrated or abetted by, among other things, outlawing their denial"* ["Ciò assume particolare rilievo rispetto all'Olocausto. Per la Corte, la giustificazione della punibilità della sua negazione risiede non tanto nel fatto che si tratti di un evento storico accertato, ma – alla luce dei contesti storici propri degli Stati in questione (...) – nel fatto che la negazione, anche quando camuffata da ricerca storica imparziale, dev'essere considerata invariabilmente come indice di una ideologia antidemocratica e antisemita. Il negazionismo dell'Olocausto è dunque doppiamente pericoloso, specialmente negli Stati nella cui esperienza storica si collocano gli orrori nazisti, (Stati) che possono essere considerati portatori di una speciale responsabilità morale di prendere le distanze dalle atrocità di massa che hanno perpetrato o agevolato, attraverso – tra le altre cose – la sanzione delle rispettive negazioni"].

sempre meno le opinioni negazioniste col passare dei decenni, o a non punirle affatto qualora neghino crimini internazionali commessi nel remoto passato, in parti del mondo assai lontane.⁶⁰

Infine, in un'articolata rassegna comparativa delle legislazioni nazionali, delle norme convenzionali internazionali e degli strumenti sovranazionali di *soft law* in materia di negazionismo, la Grande Camera dimostra l'inesistenza, in capo alla Svizzera, di un obbligo internazionale di incriminazione di affermazioni come quelle di Perinçek. I giudici, con un rilievo di particolare interesse per la recente scelta del legislatore italiano, concludono che, nello spettro comparativo, la Svizzera rappresenta un estremo, poiché il codice penale elvetico dichiara punibili anche le ipotesi di negazionismo cd. "non qualificato", ovvero non connotato da istigazioni all'odio razziale o alla violenza, opzione che non trova conforto né nell'art. 4 della Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sulla "eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale" del 1965,⁶¹ né nell'art. 1 della decisione quadro 2008/913/GAI dell'Unione Europea sulla "lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

Considerando tutti i profili analizzati finora, la Corte giunge a concludere che non era necessario, in una società democratica, condannare il ricorrente allo scopo di proteggere i diritti della comunità armena, aggiungendo che la Svizzera appare aver condannato Perinçek per un'opinione che divergeva da quella ufficiale, con conseguente violazione dell'art. 10 della Convenzione.⁶²

⁶⁰ Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [GC], cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis and Küris*, p.123: "Minimising the significance of the applicant's statements by seeking to limit their geographical reach amounts to seriously watering down the universal, erga omnes scope of human rights – their quintessential defining factor today. [...] This universalist approach contrasts with that adopted by the majority in the present judgment." ["Minimizzare la rilevanza delle affermazioni del ricorrente sulla base dei limiti geografici del relativo, possibile impatto, equivale ad una diluizione dell'universalità e della portata *erga omnes* degli obblighi di rispetto dei diritti umani, ad oggi essenziale elemento di definizione degli stessi. [...] Questo approccio universalista è in contrasto con quello adottato dalla maggioranza nel presente giudizio"].

⁶¹ "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili: a) l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica; b) [...]; c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro; d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro".

⁶² Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [GC], cit., par. 280.

5. L'aggravante di negazionismo recentemente approvata in Italia tra funzione simbolica e distorsioni sanzionatorie.

Alla luce dei recenti sviluppi, risulta possibile un primo confronto tra quanto emerso dalla ricostruzione della Grande Camera e i diversi problemi posti dalla modifica alla disciplina dell'istigazione alla discriminazione razziale introdotta dal legislatore italiano. Come si vedrà, l'opzione prescelta in Italia presenta caratteri originali, che invertono i termini della questione sottoposta al vaglio della Corte EDU nel caso esaminato.

L'8 giugno 2016, infatti, è stata approvata dalla Camera dei deputati la proposta di legge n. 2874-B, che qualifica il negazionismo come aggravante e non, come inizialmente prospettato dal disegno di legge, come fattispecie autonoma.

Si è così optato per introdurre all'art. 3 l. n. 654/1975 un nuovo comma 3-bis.

Tale legge rende punibile con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 1, lett. a); chi, inoltre, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 1, lett. b) è punibile con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Il nuovo co. 3-bis, dopo un tormentato *iter* di approvazione, prevede la reclusione da 2 a 6 anni nei casi in cui la propaganda, l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondino in tutto o in parte sulla negazione della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale agli artt. 6, 7 e 8.

Appare possibile affermare, dunque, che il nuovo comma 3-bis non attribuisce rilevanza penale a condotte che ne erano precedentemente sprovviste.⁶³ L'opzione del legislatore italiano, infatti, limita la rilevanza penale delle idee negazioniste alle ipotesi in cui esse siano fondamento di una istigazione alla discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa.

⁶³ In senso contrario A. S. SCOTTO ROSATO, [*Osservazioni critiche sul "nuovo" reato di negazionismo*](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 280 ss., in cui l'A. accredita l'ipotesi dell'introduzione di una fattispecie autonoma, valorizzando curiosamente l'elemento del concreto pericolo di diffusione di cui al (solo) comma 3-bis, riferendo tale elemento alla condotta di negazione e, dunque, considerando tale pericolo valevole addirittura a distinguere alla radice le condotte di cui al nuovo comma 3-bis da quelle di cui al comma 1 della stessa legge. Tale lettura non risulta convincente. Non si comprende, infatti, a cosa possano riferirsi "la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento" (senza ulteriori specificazioni) di cui al comma 3-bis, se non alle condotte di cui al comma 1. Si arriva ad ipotizzare che tali "fluttuanti" condotte di propaganda, istigazione o incitamento (a questo punto disancorate dall'odio razziale e dagli atti di discriminazione o di provocazione alla violenza per motivi razziali), qualora fondate "in tutto" sulla negazione, coinciderebbero con la negazione stessa, che sembrerebbe quindi punibile anche se non qualificata. L'impressione, dunque, è che l'A. suggerisca implicitamente un'analogia in *malam partem*.

Anche in virtù del nuovo comma, dunque, ed al contrario di quanto riportato da diverse testate giornalistiche al momento dell'approvazione, per l'ordinamento italiano rimane priva di rilevanza penale la condotta di mero negazionismo della *Shoah* o di altro crimine internazionale, fintantoché non sia correlata ad una propaganda o istigazione alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Da questo punto di vista, i requisiti richiesti dalla decisione quadro 2008/913/GAI⁶⁴ e dalla stessa Corte EDU affinché il negazionismo punibile sia almeno "qualificato" da un'istigazione alla discriminazione razziale, risultano rispettati, ed anzi capovolti nell'ordine di considerazione: non la punizione del negazionismo *se e quando istiga*, dunque, ma la punizione più severa dell'istigazione *se e quando nega*.

Le indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo sui parametri di legittimità della compressione della libertà di espressione in caso di negazione o giustificazione di crimini internazionali, quindi, non risultano qui dirimenti, poiché per la nuova disciplina italiana non occorre identificare gli elementi che eventualmente qualificano il negazionismo al punto da rendere necessaria l'interferenza statale, ma, al contrario, è necessario valutare se l'istigazione sia "qualificata" dal negazionismo e meriti perciò una sanzione più severa.

In questo senso l'effettività della disposizione introdotta rimane assai dubbia, poiché l'istigazione alla discriminazione non solo dovrebbe accompagnarsi alla negazione della *Shoah* o di altri crimini internazionali, ma anche "fondarsi" (almeno "in parte") su di essa. Da questo punto di vista, basta uno sguardo alla fenomenologia del discorso xenofobo o antisemita, tristemente in crescita nello scenario europeo,⁶⁵ per comprendere che il negazionismo raramente è posto a fondamento dell'istigazione alla discriminazione o alla violenza razziale, mentre assai più frequentemente è di esse un corollario, che correda e completa l'individuazione del "nemico" etnico.

È legittimo, perciò, ipotizzare una funzione prettamente simbolica di questa disposizione, che tuttavia, come tale, non soddisfa la valutazione di effettività che sempre dovrebbe precedere le scelte di incriminazione.⁶⁶

Emerge quindi un certo grado di contraddizione tra una disciplina così configurata, orientata a funzioni simboliche e dotata di scarsa effettività, e quella necessità, intesa come pressante esigenza sociale, che a giudizio della Corte EDU non

⁶⁴ In particolare, richiesti dall'art.1, par.1, lett. c) della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, *sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*: "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le seguenti condotte dolose siano rese punibili: [...] c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando la condotta sia realizzata in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro".

⁶⁵ A. BURGIO, *Nonostante Auschwitz: il "ritorno" del razzismo in Europa*, Roma, 2010.

⁶⁶ Cfr., per tutti, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo, per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, p. 468 e C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss.

solo deve motivare le limitazioni imposte dagli Stati all'esercizio del diritto alla libera espressione, ma anche conformare il tipo di intervento agli scopi perseguiti.

Va poi sottolineato che le precedenti disposizioni della l. n. 654/1975 presentano, a monte, numerosi aspetti problematici.

Anzitutto, dopo le modifiche ad opera del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, per l'art. 3 della legge del 1975 assumono rilievo centrale ai fini della punibilità i "motivi" (razziali, etnici, nazionali o religiosi) che sorreggono l'autore della discriminazione, dell'istigazione alla discriminazione o della propaganda discriminatoria. In altre parole, il legislatore delimita i confini della fattispecie facendo leva su elementi relativi all'atteggiamento interiore.

In tale scelta pare scorgersi un consapevole abbandono del principio di offensività della condotta punibile, con correlativa rinuncia a definire una soglia di rilevanza penale basata sull'idoneità offensiva dell'azione,⁶⁷ preferendosi piuttosto sanzionare l'espressione di una convinzione, seppur deprecabile, con l'evidente rischio di sconfinamento verso la punizione del tipo di autore.

Dalle norme in esame emerge, infine, una preoccupante irragionevolezza del trattamento sanzionatorio.

Sono punibili entro i medesimi margini edittali, infatti, condotte che presentano un grado di offensività profondamente diseguale: propagandare un'idea discriminatoria, infatti, dal punto di vista sanzionatorio, vale quanto "istigare alla commissione" o "commettere" atti di discriminazione (art. 3 lett. a); allo stesso modo, ed in maniera ancora più irrazionale, il comma successivo equipara la punibilità di colui che "istiga a commettere atti di provocazione alla violenza" (in una sorta di "istigazione all'istigazione") a quella di chi "commette atti di violenza" per i motivi suddetti.

In questo modo, da un lato si arretra ed anticipa la soglia di punibilità, attraverso formule indeterminate e ben oltre i dettami della disciplina del tentativo, dall'altro si lancia un incomprensibile messaggio di equivalenza del disvalore sociale di una "istigazione alla provocazione", da un lato, e della commissione di una effettiva violenza, dall'altro.

Il terzo comma dell'art. 3, poi, rende punibile la mera partecipazione ad "organizzazione, associazione, movimento o gruppo" tra i cui scopi rientri l'istigazione

⁶⁷ Ciò vale, in realtà, anche per il modello di disciplina della decisione-quadro del 2008. Come è stato efficacemente notato: "In relazione alla punibilità del negazionismo, configurato quale comportamento 'atto ad istigare', dobbiamo chiederci, quindi, se la negazione di un accadimento storico del passato, in quanto tale, possa mai essere 'atta ad istigare' — il che appare quanto meno discutibile già sul piano logico; ove riuscissimo a dimostrarlo, dovremmo chiederci se quella negazione che sia 'atta ad istigare' sia, a sua volta, 'atta' a far nascere un sentimento interiore di odio o un'intima intenzione violenta nell'istigato, da cui rischi, poi, di nascere uno specifico proposito criminoso che, successivamente, possa tradursi, magari, in attività preparatoria, alla quale possa, eventualmente, far seguito una condotta esecutiva... Ma, a questo punto, dovrebbe apparire a tutti evidente che quella negazione è così sideralmente distante dall'offesa che una sua punibilità non si concilia in alcun modo con il principio costituzionale di necessaria offensività, a meno che esso non venga ridotto ad una mera effigie, cui rendere un ipocrita inchino, prima di voltarle decisamente le spalle" (A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, cit., nota n. 3, pag. 1004).

alla discriminazione, senza la necessità di alcun contributo effettivo del partecipe al raggiungimento dello scopo. Poco chiaro risulta il fondamento politico-criminale di tale previsione, considerato che il modello generale dell'associazione a delinquere sarebbe già sufficiente a ricomprendere i sodalizi volti alla commissione dei reati in esame. Il sospetto è che il fine sia quello di costruire uno strumento di punibilità particolarmente duttile, che prescindendo dal contributo del partecipe e dal concetto stesso di associazione, in favore di una elencazione di formazioni di vario tipo che possono essere anche a geometria variabile, fluide o estemporanee.

La nuova aggravante di cui al comma 3-*bis*, che prevede la reclusione da 2 a 6 anni nei casi in cui la propaganda, l'istigazione e l'incitamento si fondino in tutto o in parte su un 'negazionismo', presenta anch'essa diversi elementi controversi. Anzitutto, rispetto alla versione approvata in precedenza, è caduto il requisito dell'espressione "pubblica" della propaganda o dell'istigazione, mentre non è chiaro in che modo debba intendersi il "pericolo di diffusione" contenuto nella disposizione.

Il risultato contraddittorio di queste approssimazioni è che, ad esempio, un cittadino che neghi un crimine internazionale, nell'ambito di un discorso rivolto ad un singolo che inciti alla stereotipizzazione negativa di un gruppo etnico, sarà punibile in misura assai più severa (reclusione fino a 6 anni) di colui che commetta effettivamente un atto di violenza di stampo razzista (reclusione fino a 4 anni). In tal senso l'aggravante del negazionismo, così come redatta e approvata, appare idonea a produrre gravi distorsioni sanzionatorie in sede applicativa.

Essa risulta, dunque, o inapplicabile, o applicabile con effetti del tutto irragionevoli.

Resta da analizzare, quindi, la futura prassi applicativa, per comprendere se e come la giurisprudenza proverà a correggere per via interpretativa i difetti redazionali dell'aggravante in questione e se, eventualmente, le menzionate irrazionalità sanzionatorie saranno foriere di questioni di legittimità costituzionale.

6. Considerazioni conclusive: democrazia tollerante contro 'democrazia militante'.

Alla luce dei profili analizzati, è possibile affermare che la pronuncia della Grande Camera sul caso Perinçek presenta diversi elementi di svolta rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte, a partire dai quali è possibile effettuare qualche valutazione, utile anche ad osservare in "controluce" convenzionale la scelta del legislatore italiano.

Anzitutto, l'interpretazione restrittiva dell'applicabilità del divieto di abuso del diritto costituisce senz'altro una nota positiva, se non altro perché, durante le fasi di utilizzo estensivo dell'art.17, il relativo "guillotine effect" si era abbattuto non solo sull'ammissibilità e lo scrutinio nel merito di numerosi ricorsi, ma, di conseguenza, anche sulla possibilità di una rifinitura progressiva di parametri ermeneutici tali da bilanciare gli interessi in conflitto nei casi di negazionismo.

Similmente, costituisce un punto di riferimento importante la lettura comparativa e internazionalistica, da parte della Grande Camera, delle norme in materia,

che lascia trasparire tutto il margine di scelta⁶⁸ dei legislatori nazionali tra diverse forme di intervento per il contrasto ai fenomeni di discriminazione razziale ed intolleranza, tra cui l'opzione di ricorso al diritto penale costituisce la più controversa. A testimonianza di ciò la Corte riporta diverse osservazioni formulate dai comitati di monitoraggio sull'applicazione delle Convenzioni internazionali, o contenute nei rapporti delle Nazioni Unite sui fenomeni in questione. Tra questi ultimi si segnala, in particolare, il rapporto consegnato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 7 settembre 2012 del Relatore speciale sulla "promozione e protezione del diritto alla libertà di opinione e di espressione", in cui si afferma esplicitamente l'incompatibilità col Patto Internazionale sui diritti civili e politici di quelle leggi nazionali che criminalizzano la mera espressione di opinioni su fatti storici, aggiungendo che, quando si richiede a giornalisti, scrittori e cittadini di "esprimere su alcuni fatti solo versioni approvate dai Governi", la libertà di espressione ne risulta vulnerata e "soggiogata".⁶⁹

Tuttavia, come si è accennato, nella sentenza tutti gli argomenti utilizzati dalla Corte EDU per motivare l'orientamento liberale assunto nel caso di specie sono dichiaratamente destinati ad esplicitare la propria validità solo rispetto ad ipotesi simili, mentre si effettua un richiamo quasi ridondante ai differenti canoni interpretativi che vanno adottati nei casi di negazionismo dell'Olocausto.

Mentre le considerazioni storiche sui caratteri di unicità dell'Olocausto tra i crimini di massa della storia moderna coincidono con la prospettiva della presente analisi, ciò che appare profondamente problematico è la trasposizione di queste considerazioni nella sfera giuridico-penalistica.

La sentenza in discussione, infatti, lascia impregiudicato lo speciale regime derogatorio che concerne il negazionismo della *Shoah*, configurato come una sorta di negazionismo a 'statuto speciale', rispetto al quale il carattere 'sensibile' dei contesti nazionali degli Stati gravati dalle esperienze storiche del nazismo e del fascismo, unitamente all'importanza della lotta contro l'antisemitismo come "valore fondativo" dell'Europa contemporanea, giustifica numerose presunzioni di pericolosità. Tali

⁶⁸ Cfr. Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [GC], cit., pp. 31-56. Più in generale, sulla dottrina del "*margin of State discretion*" e il correlativo "*margin of appreciation*" (di creazione giurisprudenziale) della Corte EDU, vedi R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, pp. 571-614; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, pp. 743-771; S. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2000, pp. 20 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002; E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, pp. 240 ss.; M. DELMAS-MARTY (a cura di), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, 1992; N. LAVENDER, *The Problem of the Margin of Appreciation*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 380 ss.; si veda anche il numero speciale *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, della rivista *Human Rights Law Journal*, 1998, vol. 19.

⁶⁹ Cfr. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 67th UN General Assembly, 7 September 2012, UN Doc. A/67/357, par. 55.

presunzioni, nei casi da ultimo menzionati, mettono di fatto in ombra non solo il necessario esame di offensività che sempre dovrebbe presidiare legittimità del ricorso al diritto penale in ogni ordinamento di tipo democratico-liberale, ma persino la libertà di manifestare privatamente dei dubbi.

A riprova di ciò si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte EDU nel caso *Witzsch c. Germania* [n.2], in cui essa ha applicato l'art. 17 per dichiarare inammissibile il ricorso contro una condanna basata su un'opinione contenuta, addirittura, in una corrispondenza privata tra il ricorrente ed uno storico; opinione, per giunta, priva di qualsiasi contestazione della veridicità storica dello sterminio degli Ebrei, o delle relative proporzioni, ma relativa al ruolo di Hitler nella pianificazione dello sterminio, che, a parere del ricorrente, l'autore destinatario della corrispondenza aveva erroneamente inquadrato.⁷⁰

Risulta chiaro, dunque, il rischio di una paradossale deviazione del sistema convenzionale verso un capovolgimento delle funzioni di protezione dei diritti umani,⁷¹ in cui più aumentano l'aspirazione e le retoriche universalistiche, più si sacrificano disinvoltamente le esigenze di garanzia del cittadino di fronte allo *jus puniendi*, fino a scardinare i profili anti-autoritari dei principi generali del diritto penale.⁷²

Le ragioni che contrastano la repressione penale del negazionismo, infatti, sono di diversa natura, tanto tecnica, quanto empirica ed assiologica.

Innanzitutto, come ricordato, il diritto penale è solo uno dei possibili strumenti di intervento contro fenomeni come razzismo, xenofobia, antisemitismo e cd. "*hate speech*". Se paragonato ad altri strumenti di intervento, quali la mobilitazione culturale e civile, l'investimento educativo e il rilancio del dibattito sulle funzioni fondamentali della memoria storica, il diritto penale appare una vera e propria "scorciatoia".⁷³ Una

⁷⁰ Più precisamente, rispondendo ad un saggio pubblicato dallo storico Wolffson su un settimanale tedesco, il ricorrente Hans-Jürgen Witzsch indirizzò una missiva privata all'autore, in cui gli rappresentò delle obiezioni. Nello specifico, contestò che le affermazioni contenute nell'articolo, secondo cui lo sterminio degli ebrei fu ordinato da Hitler in persona, erano false e storicamente non comprovate. Non esisteva, a parere di Witzsch, alcuna dimostrazione – come avrebbero provato le tesi di David Irving (noto negazionista) – che Hitler avesse personalmente pianificato lo sterminio degli ebrei (cfr. *Witzsch c. Germania* (2), ric. n. 7485/03, 13 dicembre 2005).

⁷¹ AA. VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di Meccarelli – Palchetti – Sotis, Madrid, 2014.

⁷² Appare condivisibile, a tal proposito, l'allarme della dottrina che ha invitato ad osservare che "la germinazione dei reati di opinione, intesa come fenomeno esteso, nel cui quadro si inserisce il reato di negazionismo, è un capitolo della lotta al terrorismo internazionale; altrimenti detto, sta vivendo una sua espansione parallela anche nella normativa di lotta al terrorismo internazionale. In questo senso, il reato di negazionismo si pone come fattispecie ponte tra la tutela penale della memoria (coerente con quella dinamica già evocata e descritta dagli storici come «ossessione commemorativa») e la legislazione penale post 11 settembre che segue dinamiche espansive, anticipatorie e securitarie. [...] il reato di negazionismo si presta a divenire un modello identitario su vari versanti e con ciò a trascinare altri delitti di opinione che potrebbero proliferare in maniera incontrollata. In altri termini, tale intervento repressivo può divenire un cavallo di Troia per l'aggregazione di consenso e la legittimazione dell'introduzione di «nuovi» reati di pensiero" (E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso*, cit. nota n.3, p. 1023).

⁷³ Cfr. E. FRONZA, *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory*, in *Vermont L. Rev.*, vol. 30, 2005, p. 609, in cui l'A. parla di "shortcut".

scorciatoia, inoltre, che differisce da ogni altra, poiché strutturalmente protesa alla tutela di beni giuridici attraverso la lesione della libertà personale, posta all'apice, in ogni ordinamento liberale, della gerarchia dei beni giuridici protetti. Un sistema di protezione dei diritti umani, dunque, se rinunciasse alla centralità del principio di materialità ed offensività della condotta punibile, si avvierebbe verso una preoccupante 'mutazione genetica', assumendo su di sé la difesa di discutibili opzioni politico-criminali degli Stati, a discapito della tutela dei diritti degli individui.

Del resto, quando un'attività consiste nella mera espressione di una (eventualmente disprezzabile) opinione, senza profili di lesione o messa in pericolo di alcun bene giuridicamente apprezzabile, è dubbio che tale attività possa qualificarsi come 'condotta' nel senso richiesto dal diritto penale e dal principio richiamato. La nozione di condotta propria della teoria generale del reato non può essere quella arcaica, di natura teologica, nella quale rientrano anche gli atteggiamenti interiori dell'individuo, a pena di revocare in dubbio il fondamentale *cogitationis poenam nemo patitur*, sintesi efficace di quell'autonomia del diritto rispetto alla morale che costituisce il lascito fondamentale del giusrazionalismo laico alla modernità giuridica.

Inoltre, la 'scorciatoia' penalistica contro il negazionismo, al di là delle intenzioni dei legislatori, risulta di dubbia effettività, ed anzi contraddistinta da un impatto potenzialmente controproducente. Il rischio, infatti, è che i negazionisti possano accreditarsi come difensori della libertà di espressione, accrescendo il proprio 'pubblico' e le proprie retoriche di legittimazione, secondo le quali le istituzioni invocherebbero sanzioni penali poiché timorose dalle 'verità' che essi sarebbero in grado di dimostrare.⁷⁴

Ulteriore aspetto problematico della criminalizzazione del negazionismo consiste nello stabilire verità storiche ufficiali e indiscutibili.⁷⁵ Tale operazione contrasta non solo con la libertà di ricerca (come segnalato da numerosi storici europei in diversi ed accorati appelli contro l'introduzione di reati di negazionismo),⁷⁶ ma anche, sul piano epistemologico, con la inconciliabile diversità di metodi che contrappone l'accertamento delle verità processuali nel diritto positivo, da un lato, e, dall'altro, l'incessante vaglio critico e la confutazione progressiva delle teorie precedenti attraverso cui avanzano le scienze sociali. La storia, in altre parole, non diviene mai *res iudicata*.

Infine, quando si giustificano presunzioni di pericolosità delle opinioni sulla base di valori fondativi di un determinato ordinamento, è legittimo chiedersi quale sia il bene giuridico protetto: si tratta della dignità dei gruppi vittima di crimini di massa del passato,⁷⁷ o piuttosto dell'identità e dell'integrità simbolica di un ordine istituzionale?

⁷⁴ Cfr. G. DELLA MORTE. *Cinque argomenti contro il reato di negazionismo*, in *Quaderni di SIDIBlog*, Vol. 1, 2014, pp. 262-265.

⁷⁵ Cfr. E. FRONZA - G. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, cit., p.5.

⁷⁶ Cfr. l'appello del 2006 *Libertà per la storia*, primi firmatari Flores, Sullam, Luzzatto, Traverso, disponibile al sito della Rete degli Istituti per la storia della Resistenza e della società contemporanea italiana, <http://www.italia-resistenza.it>, che riprendeva gli argomenti di quello firmato dagli storici francesi nel 2005, dal titolo *Liberté pour l'Histoire*, primi firmatari Azéma, Badinter, Becker, Chandernagor, disponibile al sito dell'omonima associazione, <http://www.lph-asso.fr>.

⁷⁷ Anche accreditando tale ipotesi, tuttavia, su consistenza e afferrabilità della dignità umana come bene giuridico superindividuale permangono profondi dubbi. Come è stato sottolineato: "Il bene protetto è stato

Almeno nei casi di negazionismo non qualificato, quali che siano i crimini negati o contestati, sembra trattarsi senza dubbio della seconda ipotesi.⁷⁸

L'impressione è che si ammetterebbe, in questo modo, un'intolleranza dell'ordinamento stesso, e cioè l'intolleranza a lasciar discutere gli eventi dai quali esso sia sorto, quasi a dover continuamente ribadire una legittimazione valoriale originaria 'per (e di) contrasto'. Tuttavia, porre la personalità dello Stato al vertice dei beni ritenuti meritevoli di protezione penale, lungi dal presentarsi come opzione di difesa degli ordinamenti democratici, è stato, al contrario, il tratto caratteristico dei sistemi di tipo autoritario.

Contro questo argomento, uno dei *topoi* della dottrina favorevole alla criminalizzazione del negazionismo è il richiamo al celebre saggio di Karl Loewenstein, in cui lo studioso coniò la formula della cd. "democrazia militante",⁷⁹ su cui vale la pena soffermarsi brevemente, al fine di ricostruire – all'insegna della storicizzazione delle idee – il retaggio teorico delle tesi in questione.

La formulazione di Loewenstein partiva da una decostruzione del fascismo come 'ideologia', inquadrandolo e definendolo, piuttosto, come una "tecnica politica",⁸⁰ il cui fine è la mera conquista del potere ed il mezzo la distruzione delle libertà democratiche. Per l'autore, questa tecnica, concepita per installarsi e svilupparsi all'interno della società democratica, può radicarsi e risultare vincente servendosi delle libertà garantite dallo Stato di diritto e dal liberalismo, per poi – una volta aggregati sufficiente consenso, forza

in questa prospettiva non di rado interpretato alla stregua di un'imprecisata e intangibile entità concettuale astratta da preservare 'a tutta oltranza' e 'senza eccezioni': un'entità metafisico-trascendente, caratterizzata da una notevole quota di idealismo giusnaturalista, su cui vengono quasi istintivamente dirottati atteggiamenti di approvazione emotiva. [...]Avremmo dunque a che fare con un bene che, almeno per il modo in cui viene comunemente inteso, si presenta come un *quid* di così scarsa afferrabilità materiale, di così ridotta consistenza empirica, da rendere evanescente e incorporea l'offesa che potrebbe essergli concretamente arrecata da singole condotte aggressive: pretendere, perciò, di fornire la prova processuale del pericolo concreto a carico di un bene solitamente ricostruito in modo così normativizzato (e, dunque, difficilmente 'catturabile') equivarrebbe, in sostanza, a una prestazione inesigibile" (A. TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, cit., nota n.3, p. 962 e 964).

⁷⁸ Parte della dottrina ha infatti proposto la concettualizzazione di un modello cd. di "negazionismo-vilipendio" (contrapposto al "negazionismo-istigazione"), che "si fonda puramente e semplicemente sulla intangibilità morale della memoria della Shoah" e la cui "eventuale incriminazione prescinde da specifiche concrete modalità della condotta divulgativa e dal contesto situazionale in cui si realizza. Essa si avvicina alle incriminazioni dell'oltraggio delle religioni ed è correlato al processo di "sacralizzazione" che più o meno inconsapevolmente la Shoah ha registrato nel corso dei decenni: è lesione del simbolo e con esso di tutti i valori che incarna. In questa prospettiva la condotta di pura negazione-banalizzazione del fatto è quella più oltraggiosa, proprio perché si pone apertamente contro la verità della storia, sfidandola in maniera provocatoria, insensata e volgare". Tuttavia, pur respingendo l'ammissibilità dell'incriminazione di tali forme di "profanazione", che ledono in sostanza solo i processi di sacralizzazione, non bisogna, secondo l'A., perdere di vista il fatto che il diritto penale non è "indenne dal relativismo delle valutazioni contingenti e dalle imperiose esigenze delle necessità eccezionali", in quanto "strumento come gli altri a disposizione della politica militante", capace di "rivelare le più brutali sembianze di un crudele campo di battaglia" (D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, cit. nota n.3, pp. 984 e 998).

⁷⁹ K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *Am. Polit. Sci. Rev.*, vol. 31, n. 3, 1937, pp. 417-432.

⁸⁰ Ivi, p. 423.

militare e potenza propagandistica – neutralizzarle del tutto. Non stupisce che in un’Europa in cui i movimenti di ispirazione totalitaria si facevano strada negli Stati nazionali (lo scritto è infatti del 1937), figure come Loewenstein sentissero il dovere intellettuale di denunciare l’esigenza di una vera e propria autodifesa delle democrazie contro i fascismi. Ciò che stupisce, al contrario, è il fatto che spesso la dottrina richiami la concezione in esame esimendosi dalla sua necessaria storicizzazione e omettendo di vagliarne gli aspetti critici. Si pensi al fatto che Loewenstein qualifica le libertà democratiche come vero e proprio “cavallo di Troia” dei movimenti autoritari, formulando apertamente la necessità di battere politicamente tali ‘tecniche’ fasciste “sul loro stesso terreno e con gli stessi strumenti”, ovvero tramite l’utilizzo di dispositivi giuridici autoritari.⁸¹

Tale retaggio teorico, dunque, mostra quanto superata, o quanto meno da superare, sia l’idea di una ‘democrazia militante’, protesa ad una paradossale lotta contro gruppi ed opinioni autoritarie, tramite strumenti di contrasto essi stessi illiberali.

Si tratta, in questo senso, di un paradosso che stride con i valori dell’ordinamento costituzionale ben più del cosiddetto “paradosso della tolleranza”, che imporrebbe di rinunciare ad essa quando si tratti di proteggere penalmente la democrazia contro discorsi antidemocratici e intolleranti. Contro tale ipotesi, si è giustamente sottolineato che «nel momento in cui si nega la libertà di manifestare un pensiero contrario a Costituzione, antidemocratico, intollerante, ossia di dire eresie anticostituzionali, si nega la stessa libertà di manifestazione del pensiero; libertà che certamente non vi sarebbe bisogno di sancire solennemente all’art. 21, se si trattasse di difendere pensieri conformi a Costituzione!».⁸²

La pretesa di fare della democrazia un apparato autodifensivo contro espressioni e manifestazioni del pensiero, in conclusione, svela un mandato fallace, cioè la delega all’autorità, al diritto penale e alla giurisdizione della difesa di ciò che la società civile e la dialettica politica dovrebbero difendere.

La conseguenza di tale impostazione è la produzione del rischio che dispositivi normativi così concepiti vengano, in futuro, presi ‘in ostaggio’ da maggioranze illiberali ed utilizzati per reprimere “fastidiose” opposizioni.⁸³

⁸¹ Ivi, pp. 424 e 430.

⁸² A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., p. 1012.

⁸³ Si pensi all’esempio di un’organizzazione che proponga di boicottare i prodotti di compagnie multinazionali le cui attività commerciali siano funzionali a gravi violazioni dei diritti dell’uomo e del diritto dei conflitti armati ad opera di determinati Stati. Non manca, invero, nel panorama politico nazionale, chi si è fatto portatore di proposte di criminalizzazione di tali organizzazioni o movimenti, invocando la necessità di sanzioni penali sulla base di una curiosa interpretazione dell’istigazione alla discriminazione su base nazionale (Cfr. il Disegno di legge n. 2043 del Senato della Repubblica, XVII legislatura, 5 agosto 2015, iniziativa dei Senatori Compagna, Corsini, Albertini, Bernini, Caliendo, D’Ascola, Fattorini, Giovanardi, Marino e Rossi, con ampia relazione introduttiva contro il movimento «Boicottaggio, Disinvestimento, Sanzioni», in [questa pagina web](#)). Si manifesta così, in maniera piuttosto netta, un’emblematica confutazione degli argomenti intesi a postulare un’automatica corrispondenza tra la volontà di punire chi neghi i crimini internazionali del passato e l’impegno affinché fenomeni di vittimizzazione di massa non si ripetano nel presente o in futuro.

Nella prospettiva delle stagioni storiche, tale rischio autoritario appare tanto più concreto quanto più si acuiscono la crisi sociale e la crisi politica dell'Europa, accompagnate, da un lato, dalla crescita di formazioni e discorsi di stampo razzista, e, dall'altro, dalla normalizzazione – politicamente trasversale – di istanze di criminalizzazione di matrice populista.

Xenofobia e populismo penale, invero, sembrano già ben avviati ad alimentarsi vicendevolmente: l'una accrescendo i propri consensi contro le vecchie classi dirigenti europee, incapaci di operare una riforma radicale delle ingiustizie distributive amplificate dalla crisi, che appaiono alla base dell'individuazione emotiva del "nemico-migrante"; l'altro, anche quando presentato in funzione simbolica di difesa di valori democratici e diritti umani, erodendo dall'interno le regole del gioco (tra cui i principi generali del diritto penale) che caratterizzano il nostro modello di ordinamento in senso democratico, ed aprendo quindi varchi per quelle stesse forze che si dichiara di voler contrastare.

Al contrario, nel fronteggiare le complessità e le differenziazioni etiche della società contemporanea, i sistemi di protezione dei diritti dell'uomo dovrebbero abbracciare l'idea di un "diritto mite",⁸⁴ che non impone verità universali e immutabili tramite la minaccia di pena, ma, all'inverso, salvaguarda le condizioni per la coesistenza pacifica delle differenze ed il libero svolgersi delle loro conflittualità entro gli argini della dialettica democratico-rappresentativa. Contribuire alla coerenza assiologica dei sistemi penali europei, dunque, dipende dalla capacità di dare seguito alle implicazioni di un apparante paradosso: per rendere la democrazia indiscutibile, il diritto penale democratico deve consentire ai consociati di mettere la democrazia stessa in discussione, di esprimere opinioni contestabili e di contestare la storia, anche nelle sue pagine più certe, oscure e dolorose.

C'è da augurarsi, dunque, che i futuri sviluppi della giurisprudenza europea potranno generare un'apertura verso una tale concezione 'tollerante' o 'radicale' (in opposizione a 'militante' o 'protetta') della democrazia, prevenendo una sinistra convergenza tra crescita di discorsi di odio razziale nella società europea ed adozione di nuove tendenze autoritarie nelle politiche criminali del continente. Dopotutto, appropriandosi del monito di George Santayana, anche i sistemi penali che non sanno ricordare il passato sono condannati a ripeterlo.⁸⁵

⁸⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

⁸⁵ "Progress, far from consisting in change, depends on retentiveness. When change is absolute there remains no being to improve and no direction is set for possible improvement: and when experience is not retained, as among savages, infancy is perpetual. Those who cannot remember the past are condemned to repeat it" (G. SANTAYANA, *The Life of the Reason, or the Phases of Human Progress*, New York 1905, ristampa New York, 1980, p.93).